

Zajac, Joaquín; Maeso, María Julieta

La criminalización en cuestión: Una aproximación desde la noción de gubernalidad al debate sobre la despenalización del consumo personal de estupefacientes

VII Jornadas de Sociología de la UNLP

5 al 7 de diciembre de 2012

CITA SUGERIDA:

Zajac, J.; Maeso, M. J. (2012) La criminalización en cuestión: Una aproximación desde la noción de gubernalidad al debate sobre la despenalización del consumo personal de estupefacientes [en línea]. VII Jornadas de Sociología de la UNLP, 5 al 7 de diciembre de 2012, La Plata, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2343/ev.2343.pdf

Documento disponible para su consulta y descarga en **Memoria Académica**, repositorio institucional de la **Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FaHCE)** de la **Universidad Nacional de La Plata**. Gestionado por **Bibhuma**, biblioteca de la FaHCE.

Para más información consulte los sitios:

<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar>

<http://www.bibhuma.fahce.unlp.edu.ar>



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina.
Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

La criminalización en cuestión: Una aproximación desde la noción de gubernamentalidad al debate sobre la despenalización del consumo personal de estupefacientes.

Joaquín Zajac (Facultad de Ciencias Sociales, UBA: joaquinz@gmail.com)

María Julieta Maeso (Facultad de Ciencias Sociales, UBA: juliboop@hotmail.com)

1. Introducción

Sin dudas uno de los debates políticos que ocupa desde hace años la agenda mediática del país y del mundo es el *¿qué-hacer con la problemática de las drogas?* Como señalan Kornblit, A.M., Camarotti, A.C., Di Leo, P.F. y Verardi, J. (2011), la emergencia de las drogas como un *problema* en todo el mundo se produce sobre todo a partir de 1960 "(...) hacia finales de la década del '60 y principios de los '70, en varios países occidentales el uso de drogas ilegales se expandió conjuntamente con ideas y conductas innovadoras que reproducían o imitaban la *contracultura*, las actitudes rebeldes, la superación de barreras y prohibiciones y la ruptura de tabúes (...) A comienzos de la década de 1960 más de setenta naciones firmaron la Convención Única sobre Estupefacientes (...) Esta Convención incluye la regulación y prohibición de 108 productos, clasificados en cuatro listas; asimismo contempla medidas administrativas y represivas y una novedosa política de erradicación de cultivos en los países productores, generalmente ubicados en el Tercer Mundo, base de la política que se dio en llamar *guerra contra las drogas*". (Kornblit, A.M et. al., 2011:3-4).

Desde entonces, la *guerra contra las drogas* ha sido constituida en términos de Foucault (2010) como un auténtico problema de *gobierno* a nivel mundial. En este sentido, las estrategias, que en cada época y lugar del mundo el poder político ha ofrecido en torno a este "problema", han sido variadas y han estado más o menos en consonancia con los grandes organismos internacionales de poder mundial.

En nuestro país, ya en 1963 "el Estado argentino, a partir del Decreto 7.672 y luego con la Ley 17.818 de 1968, ratificó la Convención Única e impulsó la diferenciación que ésta proponía entre uso y abuso de drogas (...) A pesar de que la Argentina adhirió al listado de la Convención, en la reforma general del Código Penal (Ley 17.567) de 1968 se introdujo una cláusula que dejaba por fuera de la penalización a todos los que tuvieran en su poder sustancias estupefacientes o materias destinadas a su preparación en cantidades que no excedieran el uso personal" (Kornblit, A.M. et. al.2011:4). Esta resolución asentará el debate en torno a las drogas

en dos ejes: el del *uso personal* y el de *abuso o tráfico*, como dos sujetos fundamentalmente diferentes, con una intervención del poder público distinta en cada caso. El segundo de los usos queda fuera de cualquier debate: es objeto de la persecución penal. Pero la penalización en el caso del primer sujeto, será el eje de una serie de marchas y contramarchas que prosigue hasta nuestros días.

En este sentido, la primer ley que inclinó el debate hacia una solución penal para ambos actores se sancionó en 1974, cuando en el contexto del gobierno de Isabel Perón, de tendencia derechista y con inclinaciones represivas, "El Ministro de Bienestar Social, José López Rega, presenta un proyecto de ley que se sanciona como ley 20.771, que penaliza la tenencia de drogas. Lo significativo o novedoso de esta ley es que por primera vez se liga la pena con una medida curativa, es decir, se articulan los discursos jurídico y médico. Es la primera vez que se recomienda una terapia rehabilitadora ya que el consumidor es considerado un *delincuente* a la vez que un *enfermo*. (Kornblit, A.M. et. al.2011:4)

Esta posición tuvo un lapso de relativa "remisión" durante la década de los 80 a favor de una postura política del poder ejecutivo más inclinada a la prevención y la reducción de consecuencias negativas del consumo (Kornblit, A.M. et. al.2011: 7). En el contexto de esta renovada política pública que priorizaba la atención y la prevención, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) Bazterrica y Capalvo de 1986, declaraban la inconstitucionalidad de la ley 20.771, sentando un precedente jurisprudencial fundamental en torno a la problemática de las drogas. Sin embargo, la penalización recupera y profundiza definitivamente su impulso primero en 1989 con la sanción por parte del gobierno neoliberal de Carlos Menem (impulsor de una política de "tolerancia cero" a las drogas) de la ley 23.737, y con el fallo de la renovada CSJN, Montalvo (1990) que ratifica la constitucionalidad de la ley.

En la actualidad el debate presenta renovado vigor sobre todo a partir del fallo Arriola (2009) de la CSJN. Al revés de lo ocurrido a principios de los 90, donde la ley precedió al fallo, en este caso es el fallo de la CSJN que declara la inconstitucionalidad de aplicar, para el caso particular de Sebastián Arriola, la Ley 23.737 de estupefacientes que criminaliza el uso personal de drogas. Este hecho ha concitado efectos políticos posteriores y posiblemente desemboque en la sanción de una nueva ley. Desde entonces y de manera intermitente pero constante, los partidos parlamentarios han elaborado distintos proyectos para sancionar de manera legal la decisión tomada por la CSJN. Al mismo tiempo, las organizaciones "pro-canábicas" (esto es, a favor del cultivo y uso personal de la marihuana) han intensificado campañas a favor de la sanción de una nueva ley. Y a su vez, algunos *cruzados morales* - en

términos del sociólogo americano Howard Becker (2009) - en alianza con agencias gubernamentales pro-penalización surgidas en décadas anteriores, como el SEDRONAR, han intensificado sus esfuerzos por bloquear cualquier iniciativa de este tipo. A partir de todo lo expuesto, resulta evidente que nos encontramos en el umbral de un nuevo cambio de posición de la política penal al respecto. Y en este marco, creemos que el fallo Arriola, constituye un documento de gran valor para entender mejor qué está sucediendo. En este contexto, lo que nos preguntamos es a qué responde este cambio. Si efectivamente siendo la CSJN un organismo de discusión legal y no política, responde a cuestiones meramente legales, o si otros elementos, vinculados a la mirada política sobre el fenómeno están operando en esta resolución.

El objetivo general de este trabajo, consiste entonces en **dar cuenta del grado en que los argumentos del fallo Arriola de la CSJN responden a una modificación en la racionalidad gubernamental respecto a los usuarios de droga, en comparación con el fallo Montalvo, del año 1990.** Los objetivos específicos apuntarán a cuestiones vinculadas al *gobierno*¹ de la población de usuarios de drogas, y serán: **dar cuenta de cuál es la posición de los hablantes en ambos casos, qué objetivos de gobierno se propone realizar y a través de qué dispositivos o técnicas, y qué obstáculos se visualizan;** y para todos estos elementos, si se puede hablar de cambios o de continuidades. Asimismo, otro de los objetivos específicos de nuestro trabajo es **explicitar qué sujeto o sujetos se busca construir.** Nuestra hipótesis es que la sanción o modificación de una ley o una jurisprudencia con algún tipo de peso legal nunca se produce por el efecto de un debate abstracto, dogmático o jurídico puro, sino por un cambio en la estructura de poder de una sociedad: nuevos obstáculos percibidos, nuevos propósitos nuevas tecnologías, replanteamientos tácticos o estratégicos ante la repetición de resultados infructuosos, etc.

Nuestra metodología será cualitativa, utilizando como método el análisis denominado arqueológico-genealógico, del cual daremos cuenta en el apartado correspondiente. Para la comparación se utilizará el texto completo del mencionado fallo de la CSJN Arriola, junto con el fallo del mismo organismo que ratificó la criminalización, Montalvo.

2. Perspectiva teórico-metodológica

¹ En el sentido foucaultiano del término *gobierno*

Un posible encuadramiento para un trabajo como el nuestro sería hacer la *historia* de las formas de intervención del Estado, o el Derecho en relación a la problemática de las drogas. En este caso, partiendo de ciertas unidades, de ciertos universales presupuestos a priori (Estado y Derecho) y a partir de la lectura de una serie de documentos, nos dedicaríamos a analizar las razones, las causas políticas, económicas y sociales del cambio en la política pública en torno a las drogas, o simplemente, a marcar una evolución natural que tiende hacia la humanización de las penas, el relajamiento de las codificaciones penales, el desarrollo de los derechos individuales. No obstante, en este trabajo optaremos por una postura teórico metodológica bien distinta: un enfoque arqueológico-genealógico.

¿Que implica esto? En primer lugar, debemos hablar sobre el marco epistemológico más general: la genealogía. Para Foucault, la genealogía es un saber histórico con una aproximación significativamente diferente que la historia tradicional. La genealogía rechaza la visión al respecto del devenir histórico que esta posee tácita y subrepticamente, es decir esa forma de interpelar a la historia como si "las palabras hubiesen guardado su sentido, los deseos, su dirección, las ideas, su lógica" (Foucault, M., 1992:5). Hacer genealogía se opone a la idea de la historia tradicional cuando esta va en busca de "el origen" de los acontecimientos históricos. A esta búsqueda vana del origen la genealogía opone en primer lugar la de la *procedencia*. Su objetivo máximo en estos casos será encontrar ocultos bajo estas teleologías coherentes a sí mismas "la proliferación de sucesos a través de los cuales se ha formado un determinado concepto, una determinada identidad que adopta el yo. La procedencia es una búsqueda que se opone por principio a la idea de una evolución o un destino, implica mantener lo que pasó en la dispersión que le es propia" (Foucault, M., 1992: 11). El otro aspecto central que busca desentrañar la genealogía es el de la *emergencia*. La historia tradicional nos insta a que creamos en el oscuro trabajo de un destino que busca manifestarse desde el primer momento. La genealogía por el contrario busca rastrear la *emergencia*, que se produce siempre en un determinado estado de fuerzas, de lucha entre distintas fuerzas. Las diferentes emergencias de la historia no son las figuras sucesivas de una misma significación universal (la racionalidad, la humanización, etc.). El análisis de la emergencia muestra "el juego, la manera como luchan [unas fuerzas] contra otras, o el combate que realizan contra las circunstancias adversas, o aún más, la tentativa que hacen - dividiéndose entre ellas mismas- para escapar a la degeneración y revigorizarse a partir de su propio debilitamiento" (Foucault, M., 1992:14). Hacer cortes en las líneas de la evolución, mostrar una pluralidad de posibilidades en pugna donde la historia muestra un sentido único que se desenvuelve, tal es la misión de la genealogía. Un saber al

servicio de hacer cortes, de mostrar la discontinuidad en lo aparentemente continuo (Foucault, M., 2002).

El elemento central para la genealogía/arqueología es el *documento*. Aquí es donde entra en juego el aspecto más metodológico de este enfoque, la arqueología. ¿En que se diferencia un documento en un sentido arqueológico, a un documento como lo entiende la historia tradicional? Foucault lo explica en su libro *La arqueología del saber* (2002). De lo que se trata, no es ya de una historia que se plantea a sí misma como memoria de la humanidad, para la cual los *documentos*, lo serían solo en tanto digan algo más que lo que dicen, solo en tanto susceptibles de interpretación, en tanto recuerdo del pasado. Si antes, la arqueología era solo considerada válida en tanto los *monumentos* históricos eran convertidos en *documentos* capaces de hablar ciertos rastros perdidos del pasado, documentos cuyo valor estaba más allá de sí mismos y de lo que efectivamente dicen, la historia para Foucault, es la que deberá tender hacia la arqueología, convertir a sus documentos en *monumentos*, y centrar la atención en la descripción intrínseca de estos. De lo que se trata es de analizar el *discurso* como práctica discursiva, de analizar al discurso en su mismo nivel, de tener en cuenta las relaciones que ni desde afuera, ni desde adentro del discurso, si no en un nivel inmanente, hacen posible y en el mismo momento determinan la práctica discursiva: “Las relaciones discursivas, según se ve, no son internas del discurso, no ligan entre ellos los conceptos o las palabras, no establecen entre las frases o las proposiciones una arquitectura deductiva o retórica. Pero no son sin embargo, unas relaciones exteriores al discurso que lo limitarían, o le impondrían ciertas formas, o lo obligarían en ciertas circunstancias a enunciar ciertas cosas. Se hallan en cierto modo, en el límite del discurso y le ofrecen los objetos de que puede hablar o más bien (...) determinan un haz de relaciones que el discurso debe efectuar para poder hablar de tales y cuales objetos, para poder nombrarlos, analizarlos, clasificarlos, explicarlos, etc. Estas relaciones caracterizan no a la lengua que utiliza el discurso, no a las circunstancias en las cuales se despliega, sino al discurso mismo en tanto que practica. (...) Ha habido que ir a un planteamiento de relaciones que caracteriza la propia práctica discursiva, descubriéndose así no una configuración o una forma sino un conjunto de reglas que son inmanentes a una práctica y la definen en su especificidad (Foucault, M., 2002:64-65).

¿Que implicancias tiene este enfoque genealógico para el tema que nos ocupa? En lugar de ocuparnos del Estado o el Derecho, esos universales que limitan nuestras posibilidades de conocimiento, que constituyen un obstáculo epistemológico para alcanzar un saber cualitativamente más rico sobre el fenómeno en cuestión, desde una perspectiva genealógica,

tomaremos otro camino distinto: nos centraremos en el problema de la droga como problema de *gobierno*. Así explica Foucault esta decisión teórico-metodológica en “Nacimiento de la biopolítica”: “La decisión de hablar o partir de la práctica gubernamental es, desde luego, una manera muy explícita de dejar de lado como objeto primero, primitivo, ya dado, una serie de nociones como, por ejemplo, el soberano, la soberanía, el pueblo, los sujetos, el Estado, la sociedad civil, todos esos universales que el análisis sociológico (...) utiliza para explicar en concreto la práctica gubernamental. Por mi parte, me gustaría hacer justamente lo contrario, es decir, partir de esa práctica tal como se presenta, pero, al mismo tiempo, tal como se refleja y se racionaliza para ver, sobre esta base, cómo pueden constituirse en los hechos (...) el Estado y la sociedad, el soberano y los súbditos” (Foucault, M., 2010:17-18). De lo que se trata, es de la práctica que consiste en “guiar a los hombres, dirigir su conducta, constreñir sus acciones y reacciones, etc.” (Foucault, M., 2010:16).

Es importante remarcar en la cita anterior, el hecho de que Foucault se plantee como objetivo no solo o no tanto el estudio de la práctica gubernamental en sí, si no en mayor medida, las racionalizaciones y las reflexiones en torno a esta práctica. En este sentido, el pensador francés se propone menos abarcar la manera efectiva en que los gobernantes, gobernaron y mucho más lo que el llama *arte de gobernar*, es decir, “la manera meditada de hacer mejor gobierno y también al mismo tiempo, la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar (...) la instancia de la reflexión en la práctica de gobierno y sobre la práctica de gobierno. En cierto sentido (...) la conciencia de sí del gobierno” (Foucault, M., 2002:17).

En este trabajo, analizaremos dos fallos judiciales que valen más por constituir un ejemplo de reflexión en torno a la problemática de las drogas y el gobierno político de la población de los usuarios que por los efectos concretos, jurídicos y penales que este fallo concita. En el voto de los jueces de ambas CSJN se pueden ver categorías rectoras de un cierto *arte de gobernar*, del cual Foucault da cuenta en el ya citado “Nacimiento de la biopolítica”: el arte de gobierno liberal y neoliberal, en particular, el norteamericano. ¿En que consisten, en que se diferencian ambas racionalidades de gobierno?

En los primeros capítulos, retomando sus clases anteriores publicadas en Seguridad, Territorio y Población, nos habla sobre una nueva racionalidad gubernamental. Dicha racionalidad es la Razón de Estado que se construye durante el siglo XVI, y que toma al Estado a la vez como una realidad presente, como el marco en el cual se ejerce la práctica de gobierno, y como un objetivo a construir. En este sentido, para Foucault, “Gobernar según el principio de razón de Estado, es actuar de tal modo que el Estado pueda llegar a ser sólido y permanente,

pueda llegar a ser rico, pueda llegar a ser fuerte frente a todo lo que amenaza con destruirlo” (Foucault, M., 2010:19). En adelante, el Estado se recorta como una realidad específica, relativamente autónoma de otras. La preocupación central del gobernante ya no es por algo superior, por fuera del Estado mismo, y sus principios limitadores ya no son solo, o no son tanto las leyes divinas o morales, si no otras que hacen a la práctica de gobierno mismo. (Foucault, M., 2010:20).

En este sentido, la primera limitación que impone la razón de estado a la práctica de gobierno es que en relación a los demás Estados, es decir, en su política exterior, la razón de Estado ya no tiene como fin, a diferencia de los gobernantes de la Edad Media, la consolidación de un imperio total y global. Esta vocación imperial se traslada a la política interna, que a partir de ahora, tiene objetivos prácticamente ilimitados, se plantea una jurisdicción casi ilimitada sobre la actividad de las personas que llega hasta los más mínimos detalles (Foucault, M., 2010:23). Aquí aparece la segunda limitación de la razón de estado: el derecho, “Cuando a partir del siglo XVII y sobre todo de principios del siglo XVIII, se desarrolle esta nueva racionalidad gubernamental, el derecho servirá (...) de punto de apoyo a toda persona que quiere limitar de una manera u otra la extensión indefinida de una razón de Estado que cobra cuerpo en un Estado de policía” (Foucault, M., 2010:23). El derecho y las instituciones judiciales se vuelven en este siglo exteriores al poder real: la razón jurídica, se convierte en la tentativa por excelencia para limitar de manera *externa* el crecimiento del Estado de policía (Foucault, M., 2010:25). Es importante que retengamos este desarrollo, ya que en nuestro caso, estamos analizando precisamente una institución judicial, y en ambos fallos de la CSJN parte de la discusión tiene que ver con estos argumentos jurídicos que buscan limitar desde fuera la intervención gubernamental del Estado de policía, la ampliación de sus competencias sobre la actividad individual.

Sin embargo, es otro conjunto de argumentos el que discuten ambos fallos y que tienen que ver con la historia de la razón de Estado y su desarrollo, que a partir del siglo XVIII sumará otro argumento para la limitación de su accionar, que según Foucault, ya no será extrínseco sino intrínseco al ejercicio mismo de la práctica gubernamental. Una limitación que ya no será de derecho sino de hecho: el gobierno que vaya contra esta limitación no será un gobierno ilegal o ilegítimo sino simplemente un gobierno torpe (Foucault, M., 2010:26). Una limitación de alcance general, interior a la práctica misma del gobierno, a sus objetivos y sus medios para alcanzarlos, una limitación que divide el accionar gubernamental entre aquello que conviene hacer y aquello que no (agenda, non-agenda), en lugar de dividir a los sujetos mismos en una

esfera de libertad y otra abierta a la intervención, y una limitación que por ultimo, no depende de los gobernantes mismos, ni tampoco de las luchas, negociaciones o conflictos que puedan plantearse entre estos y los gobernados (Foucault, M., 2010, 27-29). El problema de gobierno a partir de ahora no será el exceso de la soberanía sino el exceso de gobierno. Y la limitación de la que estamos hablando no provendrá del derecho, una limitación desarrollada fuera de la razón de Estado con el objetivo de limitarla, sino al interior mismo de los objetivos de la razón de Estado, con el fin de enriquecer al mismo: estamos hablando de la economía política (Foucault, M., 2010:29-31).

El problema ya no es la legitimidad de una acción sino su eficacia, la preocupación central es por los efectos. Y lo que se pone de manifiesto es la existencia “de fenómenos, procesos y regularidades que se producen necesariamente en función de ciertos mecanismos inteligibles. Esos mecanismos (...) pueden ser contrariados (...) pero de todas maneras no pueden evitarse” (Foucault, M.,2010: 32-33). Lo que la economía política descubre es cierta *naturaleza*, propia de los objetos de la acción gubernamental, una naturaleza que corre por debajo y a través del ejercicio mismo del gobierno y que si bien, como ya mencionamos, puede ser contrariada, dicha contrariedad acarrea inevitablemente el fracaso de la acción gubernamental. El éxito sustituye a la legitimidad como criterio para evaluar la acción de gobierno (Foucault, M., 2010:33). Y en este punto, nos alejamos de la razón de Estado que veíamos al principio, para encontrarnos con un nuevo tipo de racionalidad de gobierno, que retomando la razón de Estado y sus fundamentos, la transforma sustancialmente, con el objetivo de volverlo mejor, más eficiente. Lo que habitualmente se conoce como *liberalismo* es en realidad una racionalidad gubernamental cuyo principio fundamental es el de la frugalidad o parquedad de gobierno, gobernar poco, solo lo justo y necesario.

De lo que se trata más de fondo, según Foucault, es un paso desde un régimen de jurisdicción a un régimen de veridicción, que se da en numerosos ámbitos de manera simultánea: la locura, el mercado, la sexualidad, las instituciones penales. En todas ellas, lugares privilegiados de la intervención del derecho, es decir, ámbitos donde primaban regímenes de jurisdicción (justo/injusto, legítimo/ilegítimo), emerge ocupando el lugar de estos o en el mismo lugar que estos, un régimen de veridicción, “un conjunto de reglas que permiten, con respecto a un discurso dado, establecer cuales son los enunciados que podrán caracterizarse como verdaderos o falsos” (Foucault, M., 2010:53). Según Foucault, la historia de los cruces entre estos dos regimenes, jurisdicción y veridicción, justicia y verdad, es fundamental y atraviesa toda la historia cultural de occidente. Algo de este pasaje, estará presente en el análisis

que haremos sobre los fallos de la CSJN donde, como veremos, argumentos jurídicos/jurisdiccionales se entrecruzarán y matizarán permanentemente con argumentos de verdad/veridiccionales.

Esto a su vez se replica en dos modelos de limitación al poder público que pugnarón en el pensamiento político liberal: el revolucionario francés y el utilitarista radical inglés. El primero, parte de la idea de que la ley es expresión de una voluntad colectiva “que manifiesta la parte de derecho que los individuos han aceptado resignar, y la parte que pretenden reservarse” (Foucault, M., 2010:61). El otro modelo, el inglés, concibe la ley “como el efecto de una transacción que separa, por un lado, la esfera de intervención del poder público, y por otro, la esfera de independencia de los individuos (...) La libertad no se concebirá como el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, sino que se la percibirá simplemente como la independencia de los gobernados respecto de los gobernantes” (Foucault 2010:61). Entre estos dos paradigmas, no hay contradicción, sino articulación estratégica: parte de esta articulación podremos verla en los fallos que analizaremos. Sin embargo, no cabe duda de que uno de ellos, el camino revolucionario y de los derechos retrocedió y el otro, se consolidó a lo largo del tiempo, dando a la intervención gubernamental un nuevo anclaje: el principio de utilidad, que se constituirá en la medida de todas las intervenciones públicas, siendo el *interés*, el principio mismo de la utilidad y la categoría fundamental de la razón de gobierno liberal. Su blanco ya no son las cosas, o los individuos en si, sino los *intereses*, este será en adelante el terreno de intervención del gobierno, “interés en plural, un juego complejo entre los intereses individuales y colectivos, la utilidad social y la ganancia económica; entre el equilibrio del mercado y el régimen del poder público. Es un juego complejo entre derechos fundamentales e independencia de los gobernados. El gobierno, o en todo caso el gobierno en esta nueva razón gubernamental, es algo que manipula intereses” (Foucault, M., 2010:64). Esta cuestión de los intereses concita el problema liberal de la seguridad. En aras del equilibrio entre intereses individuales y sociales, el arte liberal de gobierno se ve forzado a determinar en qué medida, hasta qué punto, el interés de uno, de muchos individuos, en cuanto diversos y hasta opuestos los unos a los otros no constituyen un *peligro* para el “interés de todos”. El problema de la seguridad, consiste en la protección del “interés de todos” contra los intereses individuales (Foucault, M., 2010:85-86).

Si antiguamente, el soberano ofrecía, en virtud de una serie de relaciones económicas y jurídicas al súbdito protección frente al enemigo externo, en el liberalismo se habita según Foucault en una suerte de “cultura del peligro”: A perpetuidad, el liberalismo es administrador

de la libertad y la seguridad en torno a la noción del peligro. Para funcionar, la gubernamentalidad liberal necesita que sus gobernados se sientan permanentemente en peligro. Y la libertad, lejos de ser un universal presente en cada época, es el resultado de este interjuego de libertad-seguridad. (Foucault, M., 2010:86-87).

Para el caso que nos ocupa, esta es la transformación esencial que se manifiesta en el sistema penal: de Beccaría en adelante, las penas operan no solo sobre el cuerpo de los individuos delincuentes, sino principalmente sobre el interés de quienes no han delinquido. Debe hacer la acción de cometer el delito exactamente más disvaliosa que no cometerla (Foucault, M., 2010; 66). En este caso, el paradigma criminológico neoliberal norteamericano analizado por Foucault viene a profundizar lo que el liberalismo clásico de Beccaría ya había dejado asentado previamente. Sobre la base de un *homo æconomicus* universal, analiza el crimen desde el punto de vista del *riesgo*. El delincuente es aquel que comete una acción que lo somete al *riesgo penal*, al riesgo de ser sancionado por la ley (Foucault, M., 2010:93). Sin embargo, los neoliberales harán énfasis no solo, o no tanto en la ley en sí, sino en los mecanismos político-penales de aplicación de la misma, que la convierte en un riesgo efectivo: lo que ellos llaman el *enforcement of law*. Este conjunto de intervenciones, opera en el “mercado del crimen”, produciendo una “demanda negativa”. Sin embargo, estas intervenciones, tienen un “costo alternativo”: todo lo que se invierte en ellas no puede invertirse en otra cosa. De lo que se trata es que este costo no sea más disvalioso que los efectos nocivos, que los costos mismos que ocasiona el delito en cuestión. De ser así, se debe priorizar otras formas de intervención menos costosas, o no intervenir (Foucault, M., 2010:95-97). Hay que decir con respecto al neoliberalismo, que a diferencia del modelo disciplinario, en donde se proponía instaurar una exhaustiva red de vigilancia social en torno a las distintas problemáticas, la criminología neoliberal se propone simplemente limitar la criminalidad hasta niveles razonables. Hay un abandono de la utopía panóptica, en favor de un pragmatismo económico del delito vinculado con la relación costo-beneficio de perseguirlos o dejarlos proliferar hasta cierto punto en el que los daños sean menores de lo que costaría una intervención. Algo de estos razonamientos sobre costos y utilidad constituye el verdadero tema de discusión en los fallos de la CSJN, más allá de los argumentos constitucionalistas o de forma.

3. Análisis de los fallos

El 8 de Junio de 1986, Ernesto A. Montalvo, al llegar a una comisaría de Villa Carlos Paz, Provincia de Córdoba, luego de su detención bajo sospecha de robo, arrojó una bolsita que tenía en su poder con 2,7 gramos de marihuana. Luego de ser condenado a un año de prisión de ejecución condicional, acusado de infringir el artículo 6 de la ley 20.771 de estupefacientes, el acusado presenta ante la Cámara Federal de Córdoba un pedido de inconstitucionalidad de dicho artículo, bajo el argumento de que éste, que penaliza el consumo de sustancias, incluso cuando se prueba que estas sean solo para uso personal, se contradice con el artículo 19 de la constitución nacional (CN) que sostiene que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)” (Senado de la Nación Argentina, 2012). Al ser rechazado su planteamiento por la Cámara, la defensa de Montalvo, interpuso un recurso ante la CSJN, quien había precisamente declarado la inconstitucionalidad de dicho artículo en los fallos Bazterrica y Capalvo de 1986. Sin embargo, esta nueva conformación de la CSJN, que además contaba con el antecedente inmediato de la nueva ley de estupefacientes 23.737 que reforzaba el carácter penalizador de la tenencia bajo el artículo 14², revisó esta posición y decidió revertirla nuevamente con este fallo.

¿Con que argumentos se revisa la anterior postura? Este fallo parte de discutir a Bazterrica la interpretación que en este se realiza del artículo 19 de la CN. A priori, parecería tratarse de una discusión legal abstracta. Sin embargo, la razón fundamental por la cual se critica esta posición, es que si bien la CN, protege las libertades individuales de la intromisión del Estado, no lo hace en sentido absoluto: según la nueva composición de la CSJN, los intereses individuales, cuando contradicen el interés general de manera ostensible, dejan de ser objeto de tutela por parte del Estado. Y en el caso del uso de drogas, estos sucede toda vez que, según la CSJN que dictó Montalvo, se ve afectado un bien jurídico de vital importancia: la salud pública. De esta forma, la discusión constitucionalista se convierte en una discusión clásica de gubernalidad liberal: interés individual vs. Interés general, libertades vs seguridad: El paradigma liberal clásico del peligro en su máxima expresión. Ya no se trata de una discusión jurídica/jurisdiccional, sino de hechos. El principio de utilidad de gobierno se impone sobre el paradigma constitucionalista. El valor jurídico del artículo 19 pierde su validez ante un hecho o una serie de hechos de la realidad fáctica, de la objetividad jurídica que ningún

²“Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiera inequívocamente que la tenencia es para uso personal” (Ministerio de Seguridad de la Nación Argentina, 2012)

juez puede desconocer, y que constituyen al usuario de drogas en una amenaza para la salud pública, lo que los imposibilita de reclamar la no intromisión del Estado. Lo que se defiende, literalmente es el derecho del estado a ejercer su **poder de policía de la salubridad pública**. Como se ve, la razón de Estado reseñada por Foucault no ha desaparecido de la historia. Convive junto con otras lógicas gubernamentales se acoplan a ella. En este sentido, la importancia que según la CSJN “el legislador” le otorga a los bienes tutelados, y una serie de hechos fácticos que no pueden ignorarse, ameritan esta condición especial y justifican la incriminación.

¿Cuales son estos hechos de verdad? En primer lugar, un avance sostenido y drástico en el país del consumo de estupefacientes. Aparece un tema que se volverá clásico en la literatura especializada y los medios durante toda la época: el país ha dejado de ser “país de tráfico” a ser un país de “intenso consumo”, y no solo entre los jóvenes, si no también, entre los niños. La CSJN señala luego que “en los estudios de mercado que efectúa la delincuencia internacional para evaluar la conveniencia de su establecimiento se tiene especialmente en cuenta la no punición de la tenencia. Al respecto, conviene recordar una vez más que si no existieran usuarios o consumidores no habría interés económico en producir, elaborar y traficar con el producto, porque claro está que nada de eso se realiza gratuitamente, lo cual conduce a que si no hubiera interesados en drogarse, no habría tráfico ilegítimo de estupefacientes” (Fallos de la Corte de Suprema de Justicia Argentina, 2006). Aquí aparece con claridad el tratamiento neoliberal a la cuestión del crimen y en particular, de la droga: una mirada económica sobre el fenómeno, considerando a los narcotraficantes como empresarios comunes que realizan una evaluación de riesgos a la hora de realizar una inversión, y a los usuarios de drogas, como consumidores a los cuales se debe disuadir, mediante una demanda negativa: la penalización del consumo. Es interesante que en la disidencia planteada por el juez Petracchi, se utilizan argumentos de simular tenor, aunque en sentido contrario: “Para que la guerra contra las drogas triunfe, los traficantes deberían advertir una elevación drástica del nivel de riesgos. Un determinado distribuidor raramente se pone en situación de vender directamente a extraños. La estructura de la industria de la cocaína y la estructura legal de persecución se combinan de tal manera que los peces chicos son los más fáciles de atrapar, mientras que los grandes traficantes disfrutan de un sustancial porcentaje de inmunidad legal” (Fallos de la Corte de Suprema de Justicia Argentina, 2006).

En este sentido, la CSJN critica las políticas mas laxas de la década anterior que según su lectura, tuvieron consecuencias negativas: “La actitud permisiva de los últimos tiempos,

lejos de disminuir el consumo, el tráfico y la actividad delictiva, ha coincidido con su preocupante incremento. Por lo que la desincriminación del tenedor de drogas que las tuviese en escasa cantidad, facilitaría la actividad de los traficantes, los que en los tiempos actuales utilizan un nuevo sistema que consiste en regalar dosis extras a los consumidores a cambio de la captación de nuevos clientes y los medios utilizados hasta el momento para contrarrestar el avance de la drogadicción – propaganda en medios gráficos, radiales y televisivos, conferencias, etc. - no han logrado contenerlo, sino sólo parcialmente” (Fallos de la Corte de Suprema de Justicia Argentina, 2006). Esto recuerda y mucho, a la revisión que Foucault pasa sobre las políticas de drogas neoliberales norteamericanas en la década de los 70: “¿En qué consiste la actitud de los narcotraficantes? En ofrecer un precio de mercado bajo a los consumidores cuya demanda es elástica, es decir a los principiantes, a los pequeños consumidores, y una vez que estos se han convertido en consumidores habituales (...) suben los precios (...) ¿Cuál debe ser la actitud de quienes orientan la política de *enforcement* de la ley? Pues bien, será necesario que los denominados precios de entrada sean lo más altos posible, de manera tal que el precio sea en si mismo un elemento de disuasión (...) Hay toda una política que no buscaba tanto diferenciar entre las llamadas drogas blandas y drogas duras como distinguir entre las drogas de valor inductivo y las drogas sin valor inductivo” (Foucault, M., 2010:300-301). Además, y no menos importante, los jueces de la CSJN en el fallo Montalvo se quejan al respecto de la falta de consistencia jurídica que ocasiona los vaivenes judiciales en torno a la constitucionalidad de la criminalización, considerando que esta, en particular con los fallos Bazterrica y Capalvo, tuvo un efecto negativo sobre el efecto disuasivo de la norma que llevaron a la necesidad de una nueva ley que afirmara inequívocamente a la penalización.

En este sentido, en numerosos pasajes del fallo se remarca el efecto disuasivo de la pena, sobre todo en los niños y jóvenes, y en los que no habiendo probado aún la sustancia, consideran el “riesgo” de hacerlo. Si el Estado no penalizara, no enseñaría que esta se trata para él de una “conducta disvaliosa”. Según el fallo la norma está “dirigida a lograr una prevención general que para muchos va a constituir una valla psicológica importante para no ingresar en un ámbito del cual muchas veces cuesta salir airoso” (Fallos de la Corte de Suprema de Justicia Argentina, 2006).

En este punto conviene hacer mención de los efectos de contagio que el fallo adjudica al consumo personal. Se hace énfasis durante todo el fallo en cómo el consumidor es o bien un medio de difusión del vicio, o bien, el último eslabón en la cadena del tráfico. Queda claro qué tipo de sujetos se busca construir: por un lado, un sujeto racional que todavía no ha consumido

y que aún no habiéndolo hecho, descartará racionalmente tal acción debido a la penalización de la norma. Un traficante que, dada la penalización de los consumidores, dudará en asentar su negocio delictivo en el país, dado los riesgos de no encontrar un público consumidor que le posibilite obtener ganancias, y buscará otros mercados. Y entre medio, un consumidor que el fallo califica durante todo su desarrollo de “drogadicto”, el cual lejos de ser una “víctima del mal” es cómplice del tráfico de diversas formas: o bien como traficante “hormiga”, ayudando a transportar pequeñas cantidades, o bien traficante encubierto, llevando pequeñas cantidades para aducir consumo personal en caso de ser atrapado, o cultivador, o en su defecto, en última instancia difusor del vicio, provocador de un peligro de contagio que está siempre presente en la mera tenencia, lo que convierte a la tenencia en un delito de “peligro abstracto”. El contagio y las aseveraciones en torno a la relación entre tráfico y consumo se plantean como cuestiones de verdad jurídica objetiva, de naturaleza con la cual el gobierno de la población de los usuarios se debe enfrentar como un dato. Esta idea del contagio nos remite al *modelo de la ciudad apestada*, reseñado por Foucault como el paradigma de la sociedad disciplinaria. Según Foucault, a contrario del “modelo de la lepra” que se dedicaba a reunir y excluir a una masa de población señalada como contagiosa, en el siglo XVII, para combatir los contagios “La peste tomó el relevo de la lepra como modelo de control político (...) El reemplazo del modelo de la lepra por el modelo de la peste corresponde a un proceso histórico muy importante (...) Pasamos de un poder que prohíbe, margina y reprime, a un poder que es por fin un poder positivo, un poder que fabrica, que observa, un poder que sabe y se multiplica a partir de sus propios efectos” (Foucault, M., 2010b:55). En convivencia con la racionalidad gubernamental neoliberal antes reseñada, al recluir a los usuarios en la cárcel, o al menos, al marcarlos penalmente, se tiende al establecimiento de una red “panóptica” en la cual la vigilancia y el castigo, real o virtual, sobre los agentes del contagio, lo desalienta. El dispositivo propuesto se emparenta con los dispositivos *disciplinarios* cuyo paradigma es el *panóptico* benthamiano reseñado por Foucault en “Nacimiento de la biopolítica” como parte de la gubernamentalidad liberal clásica (Foucault, M., 2010).

Ante el argumento de que la tenencia simple no amerita como daño concreto a terceros, la CSJN responde con un argumento que nos introduce de lleno en otro aspecto importante del fallo en su relación con la gubernamentalidad liberal: la medida concreta, el dispositivo gubernamental que se propone en este fallo: la penalización, su eficacia, su utilidad, y es que si se exigiera prueba de que perjudica a terceros, la ley se volvería ineficaz para los objetivos que se propone. Si bien el fallo critica precisamente al precedente Bazterrica, haberse inmiscuido

en asuntos ajenos a la CSJN, como son la efectividad de una determinada política penal, cosa que corresponde al órgano legislativo, sienta posición sobre el hecho de que no existe una manifiesta falta de correspondencia entre medios y fines para declarar la irracionalidad de la medida. En su disidencia, el juez Petracchi adelanta algo de lo que será el argumento del fallo Arriola para contradecir a Montalvo, y plantea que los estudios demuestran que la penalización ha demostrado largamente no funcionar, así como también, que los datos de la realidad que en Bazterrica indicaban en el pasado que la penalización no funciona, no variaron y por lo tanto no amerita ningún cambio en la política de penalización. Nuevamente, argumentos pertenecientes a un régimen veridiccional, penetran una discusión jurisdiccional y se convierten en el centro de la discusión.

Precisamente, el fallo Arriola comienza retomando la ligazón entre un argumento constitucional y al mismo tiempo fáctico, intrínseca e inexpugnable unión que da cuenta de la amalgama de racionalidades gubernamentales que se presentan en cada caso: razón de Estado, liberalismo revolucionario/constitucionalista francés, liberalismo clásico, neoliberalismo. Por un lado es notable el hincapié que hacen los jueces en sus votos a los argumentos constitucionales y al paradigma de los DD. HH. como razón por la que se declara la inconstitucionalidad de la criminalización. Según la CSJN, la decisión del tribunal responde por un lado a un cambio en la doctrina constitucional posterior a Montalvo: la reforma del 94, que incorpora tratados de DD. HH. con rango superior al de las mismas leyes, que condicionan las intervenciones punitivas al consumo en materia de política penal. También la legislación comparada a nivel internacional, sobre todo en el resto de la región, y las discusiones a nivel internacional (sobre todo en la ONU), tienden al abandono de la criminalización como estrategia. Figuras jurídicas completas, como la noción misma de delitos de peligro abstracto, o la ligazón entre el concepto de "bien general" o "salud pública" y "orden público", son rechazadas de plano. En su lugar, se retoman definiciones que enfatizan la importancia de las condiciones para una sociedad democrática y la vigencia efectiva de los DD. HH. (en particular, del derecho a la salud)

Sin embargo, son con mucha centralidad los argumentos de orden *fáctico* los que vuelven a plantear la necesidad de adecuar la interpretación: Es que si hace 19 años en Montalvo, la CSJN consideraba que no existía, para la criminalización, una "manifiesta irrazonabilidad" de la norma en cuanto a la distancia entre la aplicación de la misma y los resultados obtenidos, a 19 años del mencionado fallo y 20 de la sanción de la ley 23.737, sobran evidencias, a criterio de los jueces de la CSJN, sobre la ineficacia absoluta de la criminalización

como estrategia. Para esto, en el fallo abundan en las primeras páginas y durante todo el fallo estudios y estadísticas de origen nacional e internacional que avalan esta aseveración de la CSJN para quien "La extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba Montalvo han fracasado. En efecto allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Argentina, 2009).

En este sentido, según la CSJN, más allá de reiterar casi eufemísticamente al igual que el fallo anterior, su no-jurisdicción para opinar en materia de política penal "Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos (...) Pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines cuya realización procuran" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009). Es sumamente interesante la perspectiva del Dr. Fayt, juez que integraba la CSJN cuando se dictara Montalvo y para quien es el cambio en estas circunstancias objetivas lo que conduce a una revisión. "Si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar (...) la doctrina sentada en el precedente (...) la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descripta por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger. Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009). Para Fayt, en Montalvo "se ha afirmado que el legislador, consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro (...) que ese fin no se ha logrado y entonces **se ha vuelto irrazonable** una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009), es decir, la idea constitucionalista de la autonomía personal se vuelve nuevamente preponderante, por motivos de (in) utilidad gubernamental de la

norma. El fracaso de la ley 23.737 y Montalvo, que lejos de haber solucionado, contribuyeron al empeoramiento del fenómeno, son las que revalidan la discusión constitucional.

De lo que se trata es del **exceso e irracionalidad de la pena**. Y esta irracionalidad tiene que ver con los dos dispositivos que el fallo propone como solución. Por un lado, la persecución penal del narcotráfico, la producción y distribución de droga. Por el otro, los dispositivos de salud, terapias de modificación de la conducta y dispositivos de prevención y sensibilización en torno a la problemática de la droga. Estas soluciones, podríamos considerarlas como *dispositivos biopolíticos*, aquellos que habrían podido nacer precisamente gracias al desbloqueo epistemológico operado por la emergencia de la gubernamentalidad liberal (Foucault, M., 2010). Foucault define a los dispositivos biopolíticos, como aquellos dispositivos de poder cuyo blanco es "el cuerpo especie, el cuerpo transido por la mecánica de lo viviente y que sirve de soporte a los procesos biológicos: la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad, con todas las condiciones que pueden hacerlos variar. Todos esos problemas son tomados a su cargo por una serie de intervenciones y de controles reguladores: una *biopolítica de la población*" (Foucault, M., 2002b: 131-132). En este sentido, el papel de la pena como medida "curativa" es absolutamente ineficaz y contraproducente, porque la criminalización del consumidor, somete muchas veces al principiante o experimentador y también al adicto a un proceso degradante para su dignidad personal: el proceso penal. La pena produce un estigma, que refuerza y perpetúa la enfermedad. También Zaffaroni remarca cómo la pena obstaculiza **los dispositivos que el fallo de la CSJN propone como estrategia de intervención en el caso de los usuarios, ya que el procesamiento al estigmatizarlos y reforzar su identificación con el uso del tóxico, entorpece los tratamientos de rehabilitación y las terapias de modificación de conductas**. Asimismo, tanto Zaffaroni como Fayt, observan cómo la penalización obstaculiza la persecución penal del narcotráfico, porque un condenado por consumir puede optar por ocultar información o mentir, pero no así un testigo llamado a declarar contra un narcotraficante. La medida penal, entorpece el combate contra el narcotráfico al quitar a los consumidores la posibilidad de ser testigos, penalizándolos en su lugar.

Además de que la entrada de la persona en la cárcel sólo agrava la situación del adicto, que una vez en prisión buscará reemplazar el objeto de su adicción, empeorando su enfermedad debido a las condiciones mas precarias y anómalas en las que el sujeto procura su consumo, a su vez, esto ocasiona un serio problema de gubernamentalidad penal, al aumentar la violencia al interior de las cárceles. Esto nos conduce al segundo conjunto de problemas que identifican los

jueces de la CSJN por cuanto hace a la criminalización del consumo, y que se podrían ubicar bajo la categoría neoliberal norteamericana de "costo alternativo": Todo lo que se gasta en un tipo de intervención, no se gasta en otra. Y si la medida es ineficaz, constituye un serio problema de utilidad para la razón gubernamental: “este tipo penal (...) importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso Bazterrica (...) Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad" (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009).

La gran cantidad de causas iniciadas por el tema, es justamente no una señal del éxito, sino del rotundo fracaso del "efecto disuasivo" de la norma. La composición cualitativa de los expedientes también da cuenta de este enorme fracaso: Según remarcan, solo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El 70% de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal, y el ochenta y siete, por tenencia de hasta 5 gramos a varones de entre 20 y 30 que no portaban arma, ni cometieron otro delito. En este sentido, para los jueces es importante “Que frente a la decisión que hoy toma este Tribunal debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas, estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009).

En conclusión, este nuevo paradigma tiene nuevos sujetos en la mira: el consumidor principiante, joven o menor, blanco de las campañas de educación, prevención y desmotivación al consumo, el consumidor adicto, patologizado, considerado un enfermo a la vez objeto y blanco de la salud pública y el paradigma biopolítico o bien por último el traficante, producto o distribuidor, perseguido todavía por el sistema penal. El status del consumidor, pasa de cómplice en grado menor del narcotráfico, a víctima de este: “No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2009).

También nuevos dispositivos, que la CSJN retoma de las perspectivas más difundidas a nivel mundial. Y en el lenguaje mismo utilizado por el fallo, en increíble consonancia con la perspectiva neoliberal, aunque modificada a calor del desarrollo de los nuevos acontecimientos, por el lado de la Oferta, una intensificación de la colaboración judicial, políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico y oferta y demanda de estupefacientes ilícitos, y por el lado de la demanda, ofrecer una mayor contención a través del aparato de salud pública a los adictos, educación y medidas de salud preventivas, información y educación disuasiva del consumo enfocada sobre todo en los menores, los jóvenes y los sectores pobres.

4. Consideraciones finales

Más allá de la insistencia en los argumentos constitucionalistas y desde una perspectiva de los DD. HH., a favor de un mayor grado de autonomía personal para todas aquellas conductas que no afecten concretamente a terceros, como hemos visto, en el fondo es el argumento utilitario gubernamental el que en ambos fallos, articula la discusión y posibilita un cambio de paradigma. De Montalvo a Arriola, no solo encontramos rupturas o diferencias inconmensurable. También existen numerosas continuidades, por ejemplo, se sigue asociando discursivamente a la droga con la juventud y la minoridad, y la droga sigue siendo indiscutiblemente ilegal. Pero sobre todo aunque la razón de Estado parece iniciar un paulatino abandono de la táctica de persecución penal del consumidor (aunque en Arriola se aclare que el consumidor que perjudique o ponga en peligro concreto bienes o derechos de terceros seguirá siendo punible), la razón gubernamental continúa considerando a la droga como problema de gobierno. **Este trabajo trata fundamentalmente de esto: El poder del neoliberalismo como discurso, su penetración en todas las instancias del gobierno, su persistencia como razón gubernamental incluso hoy, cuando se lo cree derrotado o superado.**

Elegimos analizar estos fallos, porque dado el lugar de legitimidad, el poder de sanción de lo legítimo y lo ilegítimo que posee el derecho sobre las categorías del sentido común, creemos que lejos de ser un fallo con una importancia meramente jurídica, Arriola ilustra las coordenadas en las que ha quedado configurado el debate político sobre el tema: qué es en buena medida *decible* públicamente y qué no al respecto de la despenalización. Son muchas las preguntas que quedan por fuera, a saber: ¿Por qué el alcohol, presumiblemente igual o más nocivo que la marihuana, goza del privilegio de la legalidad y no así el cannabis u otras drogas no adictivas? ¿Por qué el tabaco, de probada adictividad y sabidamente nocivo para la salud es

legal mientras otras drogas, también adictivas y nocivas para la salud como la cocaína son no solo ilegales, sino que sus consumidores son estigmatizados y tratados como enfermos o monstruos morales? ¿Será la medicina hegemónica una institución lo suficientemente democrática en comparación con el sistema penal, como para que se pueda esperar un progreso cualitativo real en términos de autonomía individual y cumplimiento de derechos para los consumidores? ¿Es posible pensar en términos de esa misma libertad individual para los consumidores, cuando las drogas sigue constituyendo un problema social, es decir, un problema de gobierno y por lo tanto, de control social? ¿Las agencias de seguridad, adoptarán este enfoque despenalizador o seguirán persiguiendo y castigando al consumidor en la práctica? ¿Qué sucede con los mecanismos sutiles e informales de estigmatización y control social, se puede esperar que desaparezcan con la sanción de una ley o un fallo de la CSJN? ¿Por qué seguir priorizando el problema a la hora de diseñar políticas públicas para la juventud, en lugar de atender otras cuestiones mucho más estructurales como lo son la pobreza, la precarización laboral o la inequidad educativa? ¿El problema del narcotráfico internacional, pueden ser pensado en abstracto, por fuera de sus conexiones con las injusticias del sistema capitalista mundial en crisis? Son preguntas polémicas, difíciles de responder tajantemente, pero sumamente necesarias. El debate político legítimo sin embargo, ha quedado configurado en términos gubernamentales: se debate la pertinencia o no pertinencia de la solución penal al "problema" del consumo personal de estupefacientes. Y muchos son los actores que participan del mismo, que estarían en condiciones de formular estas u otras preguntas, y sin embargo no lo hacen. Es muy posible que pasen muchos años luego de sancionada esta ley (que todavía no tiene fecha de sanción ni mucho menos) para que el debate pueda superar esas coordenadas tan limitadas. Este trabajo, intenta abrir un humilde espacio a todas esas discusiones actualmente obturadas, relegadas a un futuro, que esperemos no esté tan lejano.

Bibliografía

Becker H. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A

Foucault M. (1992). Nietzsche, la genealogía y la historia. En *Microfísica del poder* (pp. 5-29). Madrid: Ediciones de la Piqueta

Foucault M. (2002). *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A

Foucault M. (2002b). Derecho de Muerte y poder sobre la vida. En *Historia de la sexualidad: 1. Voluntad de saber* (pp. 127-152). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A

Foucault (2010): *Nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A

Foucault M. (2010b). *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A

Kornblit, A. L.; Camarotti, A. C.; Di Leo, P. F.; Verardi, J. (2011) Modulo 2 - Periodización del consumo de drogas en *Prevención del consumo problemático de drogas. Módulos teóricos y actividades complementarias de ejercitación y trabajo en el aula*, Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación - Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA - UNICEF Argentina.

Documentos electrónicos

Ministerio de Seguridad de la Nación Argentina (2012): *Ley 23.737*. Recuperado el 18 de Octubre de 2012 de

<http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm>

Senado de la Nación Argentina (2012): *Constitución de la Nación Argentina*.

Recuperado el 18 de Octubre de 2012 de

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2009). *Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080* Recuperado el 18/10/2012 de

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=671140>.

Fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina (2006): *Montalvo (1990)*

Fallos:313:1333, Recuperado el 18/10/2012 de

<http://falloscsn.blogspot.com.ar/2006/09/montalvo-1990.html>